



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 770183 - RJ (2022/0287241-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : ALINE DUBOC BARBOSA E OUTRO
ADVOGADOS : ALINE DUBOC BARBOSA - RJ236298
LUCAS FIGUEIRA FELIX - RJ244125
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : LUANA CRISTINA MARTINS ONOFRE (PRESO)
CORRÉU : LEONARDO LUIZ COSTA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **LUANA CRISTINA MARTINS ONOFRE**, contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

Extraí-se dos autos que a paciente foi condenada à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, além da multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

Inicialmente, na instância inaugural, o juízo criminal absolveu os réus da imputação contida na denúncia, com fundamento no art. 386, II, do CPP.

O órgão acusador apresentou recurso de apelação perante o Tribunal de origem, que lhe deu provimento, nos termos do acórdão, assim ementado (e-STJ, fls. 25-35):

"APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART.33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/06).

SENTENÇA ABSOLUTÓRIA COM FUNDAMENTO NO ART. 386, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PE-NAL.

ACUSADOS QUE, NO BAIRRO SIDERLÂNDIA, VOLTA REDONDA/RJ, EM COMUNHÃO DE AÇÕES E DESÍGNIOS ENTRE SI, TRAZIAM CONSIGO E GUARDAVAM, PARA FINS DE TRÁFICO, SEM AUTORIZAÇÃO E EM DESACORDO COM DETERMINAÇÃO LEGAL OU REGULAMENTAR, 22 GRAMAS DE COCAÍNA, EM PÓ, DISTRIBUÍ-DOS EM 28 FRASCOS PLÁSTICOS CILÍNDRICOS E TRANSPARENTES.

PRETENSÃO MINISTERIAL À CONDENAÇÃO DOS ACUSADOS NA FORMA DA DENÚNCIA QUE SE ACOLHE, AUTORIA E MATERIALIDADE DO CRIME DE TRÁFICO COMPROVADOS, EM RAZÃO DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE, APREENSÃO DAS DROGAS E LAUDO PERICIAL, ALÉM DAS DECLARAÇÕES DOS POLICIAIS, COERENTES E CONVERGENTES COM AS DE-MAIS PROVAS DOS AUTOS.

PROVIMENTO DO RECURSO PARA CONDENAR OS APELADOS COMO INCURSOS NO ART. 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/06."

Neste *writ*, a defesa alega, em síntese: (I) a ocorrência de violação das comunicações telefônicas, porque o policial atendeu ligação do corréu sem autorização, e violação de domicílio porque, após atender a ligação, sem a devida autorização, violou o domicílio da paciente, razão pela qual deve ser absolvida, com fundamento no art. 386, II, do CPP; (II) que, caso mantida a

condenação, seja aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Subsidiariamente, a fixação do regime semiaberto para início de cumprimento de pena.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ, fl. 44).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 47-49 e 51-54).

O Ministério Público Federal opina pela concessão da ordem (e-STJ, fls. 60-69).

É o relatório.

Decido.

Esta Corte - HC 535.063, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgRg no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Assim, passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

No caso, na fase inaugural, o Juízo criminal absolveu a paciente e o corréu nos seguintes termos (e-STJ fls. 20-24):

"Analisando detidamente os autos, mostra-se cabível a absolvição dos acusados, diante da nulidade da prova, uma vez que, no início da abordagem policial, antes de haver qualquer prova contra o réu, o telefone celular deste tocou e os policiais tiveram acesso indevido, sem qualquer autorização, ao conteúdo da comunicação, em flagrante violação ao sigilo das comunicações telefônicas.

Nesse ponto, destaca-se que a própria denúncia narrou que:

"Na ocasião, policiais militares receberam informação anônima sobre a prática do tráfico de drogas pelo denunciado Leonardo Luiz da Costa, no Bar do Jamanta, à Rua Presidente Kennedy, bairro Siderlândia, nesta Cidade. Neste local, os policiais abordaram o denunciado, que já é conhecido como traficante de drogas.

No momento da abordagem o réu recebeu uma ligação, atendida por um dos policiais, de um indivíduo que pretendia comprar 'dois pó de 10'.

Em sede investigativa, os policiais militares afirmaram as fls. 12 e 14 que" guando a guamicão observou o nacional Leonardo, procedeu na abordagem do mesmo; Que durante a abordagem o telefone celular de Leonardo tocou e o declarante atendeu, onde o interlocutor pediu 2 'pó' de 10; Que nesse momento o declarante encerrou a chamada e questionou Leonardo a respeito da venda de drogas; Que Leonardo assumiu fazer o papel de 'estica', trazendo drogas da residência da nacional Luana Cristina Martins Onofre.

[...]

Não obstante, o acusado também informou que os agentes da lei tiveram acesso indevido ao conteúdo do seu aparelho de telefone celular, ocasião em que verificaram a existência de grupo de WhatsApp da facção criminosa Comando Vermelho.

A partir dessas provas, obtidas ilegalmente, é que os policiais conseguiram chegar à acusada Luana e foram à casa dela, onde encontraram a materialidade do crime — o material entorpecente (22 g de cocaína em 28 pinos)."

Por sua vez, o tribunal de origem, ao julgar o apelo do órgão de acusação, condenou a paciente e o corréu sob o seguinte fundamento (e-STJ fls. 29-33):

"Muito embora a acusada tenha admitido, em sede policial, que mantinha o material entorpecente em sua residência a mando de uma pessoa, exerceu o direito

constitucional de permanecer em silêncio quando interrogada em Juízo (fl. 177).

Já o acusado, durante seu interrogatório (depoimento audiovisual – fl. 181), negou a acusação, aduzindo que os policiais o abordaram e visualizaram mensagens relacionadas a facção em seu celular. Fazia parte de um grupo de whatsapp referente a facção criminosa atuante no bairro. O número do interrogando está na rede social facebook e, por isso, adicionaram seu número ao grupo. A mensagem era de outra pessoa, na qual perguntava quem possuía drogas para venda. Em uma mensagem, foi perguntado onde estava Luana. Luana mandou mensagens. Posteriormente, um amigo ligou. Desligou o telefone. Os policiais procederam à casa da ré em função de seu amigo ter mencionado Luana na ligação. A apelada não estava em casa. Conhece Luana há cerca de seis anos. Já foi buscar drogas com o indivíduo que lhe ligara. O policial Paulo já conhecia o interrogando em função de outras abordagens. Os policiais falaram que ele seria preso se não falasse onde estava a droga.

Embora o acusado tenha negado em Juízo a prática do ato delitivo, sua versão encontra-se divorciada dos demais elementos de prova."

Este Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que é "cabível a apreensão de aparelho celular, nos moldes delineados, pois, segundo a doutrina, a busca pessoal abrange as vestimentas usadas, os pertences móveis que o investigado esteja carregando no momento da prisão, bem como o próprio corpo. **Dessa forma, o celular que se encontra na posse do réu, no momento da prisão, enquadra-se na definição de "pertences móveis que o investigado esteja carregando", o que torna a sua apreensão justificada**". (RHC 118.451/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 4/8/2020, DJe de 12/8/2020.)

A Constituição da República prevê como garantias ao cidadão a inviolabilidade da intimidade, do sigilo de correspondência, de dados e de comunicações telefônicas - salvo ordem judicial:

"Art. 5º [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal".

A Lei n. 9.294/1996, ao regulamentar as comunicações telefônicas, preleciona:

"Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça. Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova".

Por seu turno, a Lei 9.472/1997, que versa sobre a organização dos serviços de telecomunicações, dispõe:

"Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:

[...]

V - à inviolabilidade e ao sigilo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e

condições constitucional e legalmente previstas".

A Lei 12.965/2014, ao estabelecer os princípios, garantias e deveres para o uso da Internet no Brasil, prevê:

"Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial"

As mensagens armazenadas no aparelho estão protegidas pelo sigilo telefônico, que deve abranger igualmente a transmissão, recepção ou emissão de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por meio de telefonia fixa ou móvel ou, ainda, através de sistemas de informática e telemática.

Ambas as Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior já se manifestaram que "É ilícita a prova obtida pelo acesso direto dos agentes policiais, sem prévia autorização judicial, a mensagens de texto SMS, conversas mantidas por meio de aplicativos (como é o caso do whatsapp) ou mensagens trocadas por correio eletrônico e registradas em aparelho celular" (REsp 1.755.974/MT, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 12/03/2019, DJe 29/03/2019; AgRg no HC 499.425/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/6/2019, DJe 14/6/2019).

Na espécie, estando apoiada a condenação exclusivamente reconhecidamente ilegal, praticada pelos policiais, qual seja, no início da abordagem policial, antes de haver qualquer prova contra o corréu, o telefone celular deste tocou e os policiais tiveram acesso indevido, sem qualquer autorização, ao conteúdo da comunicação, em flagrante violação ao sigilo das comunicações telefônicas. Ainda, tiveram acesso indevido ao conteúdo do seu aparelho de telefone celular, ocasião em que verificaram a existência de grupo de WhatsApp da facção

A obtenção de dados no celular de um dos acusados sem autorização judicial, impõe-se a absolvição da paciente pelo delito de tráfico de drogas.

Por certo, o art. 5º da Constituição da República garante a inviolabilidade do sigilo telefônico, da correspondência, das comunicações telegráficas e telemáticas e de dados bancários e fiscais, devendo a mitigação de tal preceito, para fins de investigação ou instrução criminal, ser precedida de autorização judicial, em decisão motivada e emanada por juízo competente (Teoria do Juízo Aparente), sob pena de nulidade.

Além disso, somente é admitida a quebra do sigilo quando houver indício razoável da autoria ou participação em infração penal; se a prova não puder ser obtida por outro meio disponível, em atendimento ao princípio da proibição de excesso; e se o fato investigado constituir infração penal punido com pena de reclusão.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para declarar a nulidade das provas obtidas no telefone celular do corréu e consequentemente absolver a paciente, com a extensão dos efeitos da decisão ao corréu LEONARDO LUIZ COSTA, nos termos do art. 580 do CPP.

Publique-se. Intime-se

Brasília, 06 de março de 2023.

Ministro Ribeiro Dantas
Relator